Der Abzahlungskauf unter Eigentumsvorbehalt im Konkurse des Käufers

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Breslau

vorgelegt von

FRITZ REITER
Referendar in Breslau

BRESLAU 1932
HOCHSCHUL-VERLAG BRESLAU

Druck von Karl Vater :: Breslau 5 :: Siebenhufenerstraße Nr. 11/15

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Herr Prof. Dr. Schott.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern gewidmet!

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung 1
II. Das Wahlrecht des Konkursverwalters aus § 17 KO. 1
a) Die Wirkung der Konkurseröffnung 2
b) Die Voraussetzungen des § 17 2
1. Der Kauf als zweiseitiger Vertrag 2
2. Die vollständige Erfüllung 3
α) Auf seiten des Käufers 3
β) Aut seiten des Verkäufers 4
αα) Leistungshandlung und Leistungserfolg 5
ββ) Der Tatbestand der Erfüllung 7
γ) Ergebnis und Rechtsprechung 11
c) Die Anwendbarkeit des § 17 bei Teilleistungen 12
1. Des Käufers 12
2. Des Verkäufers 13
α) Die Bedeutung der Veräußerungsbefugnis 13
β) Teilleistungen pro rata 16
d) Die Anwendbarkeit des § 17 bei unerlaubter Veräußerung 19
III. Die Wahlbetätigung des Konkursverwalters und ihre Folgen für den Kaufvertrag 20
a) Der Konkursverwalter wählt Erfüllung 20
b) Der Konkursverwalter wählt Nichterfüllung 21
c) Der Konkursverwalter gibt keine Wahlerklärung ab 23
IV. Die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt 24
a) Die rechtliche Bedeutung des Eigentumsvorbehaltes 25
1. Dingliche Rechte 25
α) Eigentum 25
β) Besitz 25
2. Obligatorische Rechte 29
b) Die Rechte des Verkäufers 29
1. Der Konkursverwalter wählt Erfüllung 29
2. Der Konkursverwalter wählt Nichterfüllung 30
α) Die Aussonderung nach § 43 KO. 30
αα) Auf Grund dinglichen Rechtes 30
ββ) Auf Grund obligatorischen Rechtes 30
β) Die Rückforderbarkeit nach § 26, I KO. 31
c) Die Bedeutung der Veräußerungsbefugnis 32
1. Die berechtigte Veräußerung 32
2. Die unberechtigte Veräußerung 33

Literaturverzeichnis.

Adler: Zur Lehre vom Uebergang der Ware vom Verkäufer auf den Käufer, Ztschr. f. ges. Handelsrecht, Bd. 86, S. 304.
Amon: Die Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse im Konkurse. Diss. Erlangen, 1896.
Bade: Die Bedeutung und Wirksamkeit des pactum reservati dominii. Diss. Rostock, 1899.
Berndorff: Die Annahme an Erfüllung Statt. Berlin 1904.
Biermann: Lehrbuch des Sachenrechts. 1914.
Boehmer: Der Erfüllungswille, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeb. von O. Fischer, München, 1910.
Brecht: Bedingung und Anwartschaft, Jahrb. f. Dogm. 61, 263.
Brodmann: Handelsgeschäfte, Unmöglichkeit der Leistung und Unvermögen des Schuldners Ehreb. Handb. f. Handelsr. IV, 2, 299.
Bruck: Die Einigung im Sachenrecht des BGB., 1900.
Caspari: Der Eigentumsvorbehalt nach dem BGB. Diss Erlangen, 1913.
Cohn: Schadensersatz beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt. Diss. Greifswald, 1914.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1927; Bd. II, 1924.
Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1900.
Dathe: Wirkung der Konkurseröffnung auf gegenseitige Verträge des Gemeinschuldners. Diss. Leipzig, 1908.
Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. I, 1902; Bd. II, 1906; Bd. III, 1908.
Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. II, 1920.
Eccius: Eigentumsverschaffung beim Kauf, in Gruch. 50, 494.
Endemann: Das Konkursverfahren, 1889.
— Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, 1905.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, Allgemeiner Teil, 1928; Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 1927; Bd. III, Sachenrecht, 1927.
Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.
Etzold: Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache. Diss. Frankfurt, 1928.
Exss: Wem haftet der Konkursverwalter? Diss. Breslau, 1911.
Fitting: Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 3. Aufl., 1904.
Franck: Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf. Diss. Greifswald, 1919.
Fuchs: Der Deutsche Konkursprozeß, 1899.

Fußholler: Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf. Diss. Heidelburg, 1914.
von Gierke, O.: Deutsches Privatrecht. Bd. II, Das Schuldrecht. München, 1917.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Lehrbuch des Sachenrechts. Bd. III, 1912.
Guyet: Der Eigentumsvorbehalt nach BGB. Diss. Weimar, 1910.
Hartmann: Die Obligation, 1875.
Hellenbroich, H.: Die Erfüllung der Verträge im Konkurs. Diss. Erlangen, 1897.
Hellwig: Erweiterung des Eigentumsschutzes, Arch. ziv. Prax. 68, 217 ff., 1885.
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. 6-7. Aufl., 1929.
— Konkursrecht. Enzyklopädie der Rechts- und Staatsw., herausgegeb. von Kohlrausch-Kaskel, Berlin, 1924.
— Der Eigentumsvorbehalt als Erfüllungshemmnis, Konkurs- und Treuhandwesen, Monatsschrift Berlin, 2. Jahrg. 1928., 2. Heft, S. 17.
Jaffe: Der Eigentumsvorbehalt. Diss. Leipzig, 1910.
Kaatz: Einwirkungen des Konkurses auf gegenseitige Verträge. Diss. Rostock, 1907.
Kamm: Der Eigentumsvorbehalt in seiner rechtlichen Bedeutung. Diss. Breslau, 1928.
Kippenberg: Der Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. Diss. Leipzig, 1907.
Klein: Der Untergang der Obligation durch Zweckerreichung. Berlin, 1905.
Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach BGB. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, herausgegeb. von O. Fischer, Jena, 1900.
Kohler: Lehrbuch des Konkursrechtes, 1891.
— Leitfaden des Konkursrechtes, 1903. 2. Aufl.
Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichtes. Bd. I, II, III, 1928.
Koenig: Das Konkursverfahren, 1879.
Kreß: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929.
Kretzschmar: Die Erfüllung, 1906.
Krückmann: Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug in L. Z. 26, S. 9 ff.
— Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, Iher. Jahrb. f. Dogmatik, 59, S. 1, ff.
Kunzer: Der Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB. Diss. Leipzig, 1913.
Lazarus: Das Recht der Abzahlungsgeschäfte, 1889.
Leonhardt: Zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigentum. Hannover, 1843.
Lubowski: Eigentumsvorbehalt, Zentralbl. f. Freiw. Gerichtsbarkeit, 9. Jahrg. 1908, Heft 2, S. 68.
Ludewig: Die Ermächtigung, 1922.
Mentzel: Kommentar zur Reichskonkursordnung, 3. Aufl., 1928.
Mewes: Die Konkursordnung des Deutschen Reiches, 1881.

Motive zur Konkursordnung, zitiert nach der Seitenzahl der Reichstagsdrucksache Nr. 200 der 2. Legislaturperiode II. Session, 1874.
Müller: Der Sukcessivlieferungsvertrag, Gruch. 50, 538 ff.
Oertmann: Kommentar zum BGB., Bd. I, Bd. II, 1928.
— Leistungshandlung und Leistungserfolg, Ztschr. f. ges. Handelsrecht, Bd. 93, S. 354 ft, 1929.
— Ueber den Einfluß der Konkurseröffnung auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge Ztschr. f. Zivilprozeß 14, 1, ff., 1890.
— Konkursrechtliche Probleme, Ztschr. f. Ziv. Pr. 25, 1 ff, 1898.
Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das Deutsche Reich, 1900.
Planck-Strohal: Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil, Bd. I, 1913.
— Kommentar zum BGB., Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 1923—28.
Planck-Siber: Kommentar zum BGB., Bd. III, Sachenrecht, 1920.
Pudor: Der Vorbehalt des Eigentums, § 455 BGB. Diss. Leipzig, 1903.
Rappaport: Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, 1904.
Reichsgerichtsrätekommentar.
Richter: Eigentumsvorbehalt und Ersatzaussonderung. Konkurswesen und Treuhandwesen, Monatsschrift, Berlin, 1920, L. Hefr, S. 4.
Rintelen: Das Konkursrecht, 1902.
Rosenberg: Lehrbuch des Sachenrechts, 1928.
Rothschild: Der Eigentumsvorbehalt des Verkäufers. Diss. Würzburg, 1915.
Sarvey-Bossert: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 1901.
Schultze: Das Deutsche Konkursrecht, 1880.
Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht, 1899.
Soergel: (Lindemann-Soergel): Kommentar zum BGB. Bd. 1, 1929.
Sperling: Die Einwirkung des Konkurses auf schwebende Rechtsgeschäfte. Diss. Erlangen, 1909.
Spiegel: Rechtsfragen beim Eigentumsvorbehalt. Diss. Köln, 1928.
Staub: Kommentar zum BGB. herausgegeb. von Koenige, Pinner-Bondi, Bd. I, 1913.
Staudinger: Kommentar zum BGB., Bd. I, Allg. Teil, 7-8. Aufl.; Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse (Teil 1 und 2); Bd. 3, Sachenrecht, 9. Aufl.
Stern: Der Eigentumsvorbehalt bei Veräußerung beweglicher Sachen. Diss. Jena, 1907.
Stieglitz: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 1879.
Stintzing: Uebertragung beweglicher Sachen, 1910.
Sydow-Busch: Die Konkursordnung, 1926.
von Völderndorff: Kommentar zur Deutschen Konkursordnung, 1885.
Wagner: Der Eigentumsvorbehalt, Berlin, 1929.
Warneyer: Kommentar zum BGB. Bd. 1, Bd. 2, 1927.
— Rechtsprechung der deutschen Gerichte.
Willenbücher: Die Konkursordnung, 1909.
von Wilmowsky-Kurlbaum: Deutsche Reichskonkursordnung, 1906.
Wolff: Die Konkursordnung, 1921.
Zitelmann: Internationales Privatrecht, Bd. 2, 1, 1912.

I. Einleitung.

Die ursprüngliche Form des Kaufes, Hingabe der Ware gegen Hingabe des Kaufpreises, hat sich im Laufe der wirtschaftlichen Entwicklung mehr und mehr abgewandelt. Der Kauf auf Kredit, insbesondere der Kauf auf Abzahlung, spielt eine immer größere Rolle, denn mit der zunehmenden wirtschaftlichen Schwächung des einzelnen Käufers ist es notwendig geworden, die Zahlung des Kaufpreises hinauszuschieben und in Ratenzahlungen aufzulösen.

Das hat aber dazu geführt, daß der Verkäufer in steigendem Maße darauf sehen mußte, seine Kaufpreisforderung, deren Risiko nun stark vergrößert war, zu sichern. Diesem Sicherungszwecke mußte auch der Kaufgegenstand, die Ware selbst, dienstbar gemacht werden. Der Verkäufer gibt sie daher nicht eher vollständig aus der Hand, ehe nicht der gesamte Kaufpreis mit der letzten Rate vollständig bezahlt ist. Er übergibt zwar die Ware dem Käufer, behält sich jedoch das Eigentum daran bis zur vollständigen Bezahlung vor. So ist die beim Kauf häufig anzutreffende Verknüpfung von Ratenzahlung und Eigentumsvorbehalt entstanden.

Im Folgenden soll untersucht werden, welchen Einfluß der Konkurs über das Vermögen des Käufers auf dieses Geschäft und seine Abwicklung hat.

II. Das Wahlrecht des Konkursverwalters aus § 17 KO.

Für diese Untersuchung scheidet der Fall, daß der Käufer bei Konkurseröffnung seine Verbindlichkeit bereits vollständig erfüllt hat, aus, denn dann wäre er nach § 455 BGB. Eigentümer der Kaufsache geworden. Damit wäre aber auch der Kaufvertrag von beiden Seiten erfüllt und die Obligation erloschen.

Gegenstand der Betrachtung können daher im folgenden nur diejenigen Fälle sein, in denen der Käufer den Kaufpreis noch nicht oder jedenfalls noch nicht vollständig gezahlt hat.

a) In erster Reihe erhebt sich hier die Frage, ob der Kaufvertrag schon durch die Eröffnung des Konkursverfahrens in seinem Bestande berührt oder gar zum Erlöschen gebracht wird.

Das ist nicht der Fall. Denn § 17 KO. bestimmt, daß der Konkursverwalter für den Fall, daß der Vertrag noch von keiner der beiden Parteien vollständig erfüllt worden ist, wählen kann, ob er den Vertrag erfüllen will oder nicht. Eine solche Vorschrift ist nur dann denkbar, wenn der Vertrag noch besteht. Bestünde der Vertrag nämlich nicht mehr, so könnte auch die Erfüllung dieses Vertrages nicht mehr Gegenstand eines Wahlrechtes sein.

Unmittelbar hat demnach die Eröffnung des Konkursverfahrens keine Wirkung auf den Vertrag, wohl aber mittelbar[1]). Wenn § 17 KO. bestimmt: „Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner und von dem anderen Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und Erfüllung von dem anderen Teile verlangen. Der Verwalter muß auf Erfordern des anderen Teiles, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterläßt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen."

Für die Rechte des Konkursverwalters ist es daher ausschlaggebend, ob die Voraussetzungen des § 17 KO. gegeben sind.

b) 1. Ein zweiseitiger Vertrag ist der Verkauf zweifellos. Unter dem noch der alten Terminologie entstammenden Begriff der „Zweiseitigkeit" in § 17 muß der notwendig auf beiden Seiten verpflichtende, synallagmatische Vertrag verstanden werden. Ein solcher liegt vor, wenn bei beiden Vertragspartnern aus demselben Rechtsgrunde notwendigerweise Rechte und Pflichten entstehen, und zwar so, daß nach dem Willen beider Parteien die Leistung auf der einen Seite das Aequivalent der Gegenleistung darstellt. Der Kauf ist daher das Hauptanwendungsgebiet des § 17 KO[2]).

1) Jaeger Anm. 43 zu § 17 Mot. S. 86, 87, 91.
2) Jaeger zu § 17 Anm. 1, Oetker, ZZp. 10, 14, S. 26.

2. Das Wahlrecht des Konkursverwalters hängt weiter davon ab, daß der Kaufvertrag zur Zeit der Konkurseröffnung noch von keiner der beiden Parteien erfüllt ist.

Der Entwurf hatte ursprünglich die Regelung so getroffen, daß schon die noch ausstehende Leistung des Gemeinschuldners das Wahlrecht des Konkursverwalters zur Entstehung bringen sollte[3]). Diese Regelung ist jedoch nicht Gesetz geworden. Vielmehr verlangt § 17 der Konkursordnung, daß noch von keiner der beiden Seiten, weder vom Käufer noch vom Verkäufer, vollständig erfüllt ist.

α) Die Leistung des Käufers besteht in der Zahlung des vollen Kaufpreises und der Abnahme der Kaufsache. Vollständige Erfüllung liegt daher auch dann noch nicht vor, wenn der Käufer etwa den gesamten Kaufpreis im Voraus gezahlt hat, die Kaufsache aber noch nicht erhalten oder noch nicht abgenommen hat. Gleichgültig ist es dabei, ob die Abnahme eine Hauptverbindlichkeit oder nur eine Nebenverbindlichkeit ist[4]). Dies spielt wohl für die Frage des Verzuges mit der Abnahmeverpflichtung eine Rolle, § 326 BGB., für die Frage der vollständigen Erfüllung jedoch nicht. Vollständig ist eben ein Vertrag nur dann erfüllt, wenn die Verbindlichkeit durch Erfüllung oder ein Erfüllungssurrogat erloschen ist. Gleichgültig ist hierfür auch, ob der Käufer berechtigt war, die Leistung einzubehalten oder nicht, und ob Verzug vorliegt. Lediglich auf die tatsächlich erfolgte vollständige Erfüllung kommt es an[5]). Diese liegt nicht vor, wenn Wechsel oder Schecks in Zahlung gegeben und genommen worden sind, sei es, daß der Käufer den Wechsel akzeptiert, sei es, daß er ihn zu Gunsten des Verkäufers indossiert. Denn nach § 364, II BGB. wird der Wechsel erfüllungshalber, solvendi causa, hingegeben, nicht aber an Erfüllungsstatt, es sei denn, daß die Parteien übereinstimmend mit der Hingabe und Annahme des Wechsels die Schuld endgültig tilgen wollten[6]). Wenn der Konkursverwalter daher behauptet, daß die Hingabe des Wechsels an Erfüllungsstatt erfolgt sei, so ist er für diese Behauptung beweispflichtig.

---

3) Prot. S. 148.

4) Jaeger zu § 17 Anm. 13. Wolff zu § 17, Anm. 5. Staub-Koenige, Anh. zu § 382, Anm. 78; abw. Jacobson JurRundschau, 1929, S. 96 f.

5) Jaeger zu § 17, Anm. 21. RG. 85, 404.

6) Jaeger zu § 17, Anm. 15, Staub-Koenige, a. a. O. Anm. 64 ff, vor § 373.

Hat der Verkäufer gegen den Käufer wegen des Kaufpreises die Zwangsvollstreckung betrieben, so steht die Pfändung, selbst wenn sie die Schuld voll deckt, noch nicht der vollständigen Erfüllung gleich. Ist aber erfolgreich versteigert oder das Geld sonst irgendwie in der vollen Höhe des Kaufpreises oder des noch ausstehenden Restes durch den Gerichtsvollzieher beigetrieben worden, so steht dies der vollständigen Erfüllung gleich, vorausgesetzt, daß der volle Betrag der Schuld beigetrieben worden ist[7]). Auch durch Hinterlegung des Kaufpreises kann der Käufer seine Verbindlichkeit vollständig erfüllen, wenn er dazu berechtigt ist und den vollen Kaufpreis vorbehaltslos unter Verzicht auf Rücknahme ordnungsgemäß hinterlegt, § 372 BGB. Denn nach § 378 BGB. steht diese Hinterlegung einer vollständigen Erfüllung gleich.

Teilleistung, selbst wenn sie gestattet war, kann das Wahlrecht des § 17 niemals ausschließen; selbst wenn etwa nur noch die Zinsen, oder sonst ein geringer Bruchteil des zu leistenden Betrages aussteht, greift § 17 Platz. Auch die Folgen einer unpünktlichen Zahlung schließen die Annahme der vollständigen Erfüllung aus.

Für ganz besonders gelagerte Fälle allerdings, wenn nur ein ganz unwesentlicher Teil zur Erfüllung fehlt, so wenn der Käufer den gesamten, einige hundert Mark betragenden Kaufpreis bezahlt hat und lediglich wegen Mangels an Kleingeld mit einigen Kupferpfennigen, die er im Augenblick der Zahlung vielleicht nicht in der Hand hatte, wird man die Anwendung des § 17 verneinen müssen. Es wäre doch wohl zu weit gegangen, wenn man dem Konkursverwalter wegen eines, für beide Parteien, im Vergleich zur gesamten Kaufpreisschuld ganz unwesentlichen Rückstandes von einigen Pfennigen das Wahlrecht zubilligen würde. Es wird jedoch hier äußerste Vorsicht notwendig sein, denn eine allzu weitherzige Auslegung könnte leicht den ganzen Zweck des § 17 KO. illusorisch machen.

β) Der Verkäufer hat seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage vollständig erfüllt, wenn er die Kaufsache dem Käufer übergeben hat, und diese in das Eigentum des Käufers übergegangen ist, § 433, II BGB. Beim Verkauf auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt ist das Erfordernis der Uebergabe der Kaufsache regelmäßig erfüllt. Eigentum ist jedoch noch nicht übergegangen, solange nicht

7) Jaeger zu § 17, Anm. 13, Anm. 10, RG. 114, 386.

der gesamte Kaufpreis gezahlt ist. Denn § 455 BGB. bestimmt: „Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Uebertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Bezahlung des Kaufpreises erfolgt, und daß der Verkäufer zum Rücktritt von dem Vertrage berechtigt sein soll, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt."

Die Voraussetzungen des Eigentumsüberganges bei beweglichen Sachen, Einigung und Uebergabe, § 929 BGB. sind also in diesen Fällen nur insoweit gegeben, als die Kaufsache übergeben und die Einigung unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen ist. Erst mit dem Eintritt der Bedingung, also erst mit Zahlung des gesamten Kaufpreises, geht das Eigentum auf den Käufer über, § 158 BGB.

αα) Es entsteht hier die Frage, ob der Verkäufer mit der Uebergabe unter Eigentumsvorbehalt seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage vollständig erfüllt hat.

Ob ein Vertrag erfüllt ist oder nicht, muß nach bürgerlichem Recht beurteilt werden. § 362 BGB. sagt: „Ein Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird." Was hier die geschuldete Leistung ist, bestimmt § 433 BGB.: „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen."

Die Verpflichtung zur Uebergabe hat der Verkäufer erfüllt. Zu prüfen bleibt noch, ob er auch die zweite Verpflichtung, Eigentum zu verschaffen, erfüllt hat.

Das „Eigentum verschaffen müssen" kann zweierlei bedeuten, es kann heißen, daß der Verkäufer verpflichtet ist, alles zu tun, um dem Käufer Eigentum zu übertragen; es kann aber auch heißen, daß er verpflichtet ist, den Erfolg, d. h. Eigentumsübergang selbst herbeiführen zu müssen. Die Beantwortung dieser Frage ist abhängig von der Stellungnahme zu dem allgemeineren, für das gesamte Schuldrecht außerordentlich aufschlußreichen Problem: „Ist die Leistungshandlung oder der Leistungserfolg Inhalt des Schuldverhältnisses?"[8])

Wird angenommen, daß der Schuldner lediglich die Leistungshandlung schuldet, so kommt man bei der Beant-

8) Zum Folgenden: Oertmann in Z. f. g. H. R., Bd. 93, S. 354 ff.

wortung der Frage, ob der Verkäufer mit der Uebergabe unter Eigentumsvorbehalt den Kaufvertrag erfüllt habe, dazu, dies zu bejahen[9]). Der Verkäufer hat dann alles getan, was er zu tun verpflichtet war, denn er hat die geschuldete Handlung vorgenommen. Er hat die Ware übergeben und den dinglichen Vertrag geschlossen, Uebergabe und Einigung liegen vor, mehr „tun" im Sinne von tätig werden, konnte er nicht, um dem Käufer Eigentum zu verschaffen, § 433, § 929 BGB. Lediglich von dem Eintritt der der Einigung hinzugefügten Suspensivbedingung ist der Erfolg, der Eigentumsübergang nämlich, abhängig. Inhalt der Bedingung ist Zahlung des Kaufpreises, also eine Handlung des Käufers, des Gläubigers der geschuldeten Leistung. Von ihm hängt allein der Eintritt des Leistungserfolges ab, nicht mehr von dem Verkäufer. Dieser ist sogar jeder Möglichkeit beraubt, den Eigentumsübergang auf den Käufer zu verhindern. Einer Rückforderung der Ware auf Grund seines vorbehaltenen Eigentums, § 985 BGB., würde auf Seiten des Käufers die Einrede der Berechtigung zum Besitze aus dem Kaufvertrage entgegenstehen, § 433 i. V. mit § 986 BGB. Auch eine Nichtannahme der Zahlung des Kaufpreises kann den Leistungserfolg nicht ausschließen, da der Käufer den Eintritt der Bedingung auch durch schuldbefreiende Hinterlegung unter Verzicht auf Rücknahme nach § 378 BGB. herbeiführen könnte, oder nach § 162 BGB. die Bedingung als schon eingetreten fingiert würde, wenn er ihren Eintritt wider Treu und Glauben verhindert hätte.

Der Verkäufer hat also mit der Uebergabe unter Eigentumsvorbehalt die Tatbestandshandlungen seiner Leistungsverpflichtung verwirklicht, nur von einer Wirksamkeitsvorsetzung, einer Suspensivbedingung, hängt der Eintritt des Erfolges, nämlich der Eigentumsübergang noch ab[10]).

Würde daher lediglich die Leistungshandlung Inhalt der Verpflichtung sein, so müßte der Verkäufer seine Verbindlichkeit im Sinne von § 17 KO. mit der Uebergabe unter Eigentumsvorbehalt erfüllt haben. Wird dagegen der Leistungserfolg als Inhalt der Obligation erkannt, so

---

9) So von Wilmowsky-Kurlbaum, Anm. 4 zu § 17, Lubowski, Zentr. f. F. G. 1909, S. 68 ff. Dagegen: Guyet, Diss. Weimar, 1910, S. 44.

10) Diese Unterscheidung findet sich bei Zietelmann, Intern. Priv. R. II, 173 ff.

daß die Herstellung des geschilderten Erfolges auf Grund der Leistungshandlung Inhalt des schuldnerischen Leistenmüssens ist, dann kann der Verkäufer damit den Kaufvertrag nicht erfüllt haben; denn das Setzen einer aufschiebenden Bedingung soll ja trotz vollständig vorgenommener Leistungshandlung den Leistungserfolg gerade noch nicht eintreten lassen. Ist also die Leistungshandlung oder der Leistungserfolg der Tatbestand, der die Erfüllung herbeiführt?

Obgleich vielfach schon mit der Vornahme der Leistungshandlung automatisch der Leistungserfolg eintritt, so zum Beispiel bei den Unterlassungen, oder bei den Dienstleistungen, ist in einer großen Anzahl von Fällen der Eintritt des Erfolges nicht denkbar, ohne eine Mitwirkung des Gläubigers selbst oder Dritter, z. B. bei der Eigentumsübertragung an Immobilien, wo der Gläubiger und der Grundbuchrichter mitwirken müssen. Hier zeigt es sich, daß die schuldtilgende Wirkung der Erfüllung an einen Tatbestand geknüpft ist, der

1. das Leistensollen des Schuldners, d. h. die Leistungshandlung, und

2. das Bekommensollen des Gläubigers, d. h. den Leistungserfolg umfaßt[11]).

Diese Zweiheit im Tatbestand der Erfüllung wird im Folgenden aufzuzeigen sein.

ββ) Was man für die Ansicht, schon Vornahme der Leistungshandlung bedeute Erfüllung, anführen kann, sind in erster Reihe zwei Argumente[12]).

Erstens spricht dafür, daß in § 242 BGB., der Vorschrift, die eine der Grundlagen des Obligationenrechtes bildet, kein Raum für den Leistungserfolg als Inhalt der Schuld ist. Denn es wäre kaum sinnvoll, dem Schuldner die Herbeiführung des Leistungserfolges nach Treu und Glauben aufzuerlegen. Vielmehr kann dies sich nur auf die Vornahme der Leistungshandlung beziehen. Denn, wie oben gezeigt, hängt der Eintritt des Leistungserfolges oft von der Mitwirkung des Gläubigers und Dritter ab, nicht nur von der Leistungshandlung des Schuldners, und auf den Gläubiger oder gar die außerhalb des Vertrages stehenden Dritten

---

11) Boehmer, Erfüllungswille. München 1910, S. 34, Kretzschmar Erfüllung, S. 39.

12) So Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, S. 15, Brecht, in Jher. J. 53, 229, 242.

kann sich doch unmöglich die an den Schuldner gerichtete Vorschrift des § 242 BGB. beziehen[13]).

Ein zweites Argument wird aus der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung geschöpft: „Unmöglichkeit ist die Unmöglichkeit der Leistungshandlung, das versprochene Handeln muß unmöglich sein"[14]).

Diesen Argumenten steht eine große Anzahl von Gegenargumenten gegenüber, die sie teils direkt widerlegen, teils aber ungleich tiefer als die ihnen entgegenstehenden Gründe im Wesen des Schuldrechts fußen.

Der zuletzt angeführte Beweisgrund, der sich auf die Lehre von der Unmöglichkeit stützt, ist leicht zu widerlegen. Denn es gibt sehr wohl Fälle der Unmöglichkeit der Leistung, wo die Leistungshandlung schon vollendet ist, also nicht mehr unmöglich sein kann, der Erfolg aber nicht mehr eintreten kann, und die Leistung deshalb unmöglich ist. So liegen die Fälle des Versendungskaufes, § 447 BGB., wo nach vorgenommener Leistungshandlung, also nach der Uebergabe an die Transportanstalt die verkaufte Ware auf dem Wege verunglückt oder untergeht. Hier ist die Leistung unmöglich, aber nicht, weil die Handlung, sondern das andere Tatbestandsstück der Erfüllung, nämlich der Erfolg, unmöglich ist[15]).

Weitere Argumente ergeben sich aus der Lehre vom Annahmeverzuge und von der Hinterlegung. § 294 BGB. bestimmt, daß der Gläubiger in Annahmeverzug gerät, wenn er die Leistung nicht annimmt, die ihm der Schuldner so, wie er sie zu bewirken hat, anbietet. Wäre die Leistungshandlung allein der Tatbestand der Erfüllung, dann könnte das Gesetz den Annahmeverzug des Gläubigers jedenfalls da nicht eintreten lassen, wo doch bereits Erfüllung der Verbindlichkeit durch die Vornahme der Leistungshandlung eingetreten sein müßte[16]).

Ebenso wäre das Institut der Hinterlegung mit schuldbefreiender Wirkung, § 378 BGB., überflüssig, wenn schon durch die Vornahme der Leistungshandlung die Verbindlichkeit erfüllt wäre. Es wäre dann unnötig, daß das Gesetz die Befreiung durch die Hinterlegung dem Schuldner als Ausweg zur Verfügung stellt, wo doch die Fälle der Hinter-

13) Krückmann, L. Z. 26, 9 ff, Jahrb. f. Dogm. 59, S. 22 ff., 44 ff.
14) Krückmann, L. Z. 26, 9 ft.
15) Oertmann, S. 362, 63.
16) dto. S. 364.

legung durchweg so liegen, daß der Schuldner seinerseits alles Geschuldete getan hat und erfüllen will, der Erfolg nur deshalb nicht eintreten kann, weil der Gläubiger seine Mitwirkung bei der Annahmehandlung versagt[17]).

Beide Rechtsgebilde, sowohl das des Annahmeverzuges wie das der Hinterlegung zeigen, daß das BGB. unzweifelhaft den Leistungserfolg in den Tatbestand der Erfüllung einbezieht. Weiter spricht entschieden dafür der Abs. 2 des § 243 BGB.

Nachdem der Schuldner alles Erforderliche, also die geschuldete Leistungshandlung getan hat, konzentriert sich die ursprüngliche Gattungsschuld als Speziesschuld auf die Sache, in Ansehung deren der Schuldner seine Leistungshandlung vorgenommen hat, die er also z. B. dem Gläubiger angeboten hat. Bedeutete schon die Leistungshandlung Erfüllung, dann bestünde überhaupt kein Schuldverhältnis mehr, das sich auf diese eine Sache konzentrieren könnte, denn dann müßte es ja durch Erfüllung untergegangen sein[18]).

Ein weiteres Argument für die hier vertretene Ansicht liefert § 447 BGB., der den Versendungskauf und den Gefahrübergang dabei behandelt. Diese Vorschrift setzt voraus, daß der Verkäufer die verkaufte Sache bereits der Transportanstalt übergeben hat und regelt die Last der Gefahr für diesen Fall so, daß sie der Käufer von da ab trägt. Da die Uebergabe der Sache an die Transportanstalt regelmäßig die gesamte Leistungshandlung darstellt, wäre § 447 nach Ansicht derer, die nur die Leistungshandlung zum Tatbestande der Erfüllung machen, überflüssig. Denn da ja schon mit der Uebergabe an die Transportanstalt erfüllt wäre, wäre eine Regelung der Gefahrtragung nach der Uebergabe, also nach der Erfüllung, einfach unverständlich. Ein Einwand, der dagegen erhoben wird, ist leicht widerlegbar: eine Regelung des Gefahrüberganges sei hier deshalb notwendig, weil infolge der Nebenverpflichtungen des Käufers, z. B. der, die Ware nicht von der Transportanstalt zurückzufordern, seine Verbindlichkeit noch nicht erfüllt sei. Gewiß ist das Vorhandensein solcher Nebenverpflichtungen nicht zu leugnen, aber gerade sie beweisen doch, daß überhaupt noch ein Schuldverhältnis da

17) Oertmann, S. 364.
18) dto. S. 365.

ist, aus dem solche Nebenverpflichtungen abgeleitet werden können[19]).

Im allgemeinen dürfte damit die Frage nach dem Inhalt der Schuldverhältnisse, Leistungshandlung oder Leistungserfolg, zu Gunsten des Leistungserfolges geklärt sein. Zu Bedenken könnte nur noch die Formulierung des § 17 KO. selbst Anlaß geben. Daß der Konkursverwalter danach das Recht hat, „Erfüllung zu verlangen", könnte leicht als schlagendes Argument für die Gegenansicht ausgelegt werden. Man würde dann sagen, daß im allgemeinen zwar der Leistungserfolg geschuldet sei, hier aber bereits die Vollziehung der Leistungshandlung Erfüllung bewirke. Denn „verlangen" kann man vom Schuldner eben nur die Leistungshandlung[20]).

Hier wird man sich aber hüten müssen, dem Wortlaut des Gesetzes große Beweiskraft zuzulegen, denn zur Zeit der Entstehung der Konkursordnung ist eine derart differenzierte Erkenntnis des Erfüllungstatbestandes nicht vorhanden gewesen[21]). Dafür spricht außer der historischen Ueberlegung auch die Tatsache, daß der Begriff der Erfüllung sogar innerhalb des § 17 KO. mehrfach verschieden umschrieben wird. Während die Formulierung „Erfüllung vom anderen Teil verlangen" können, auf die Leistungshandlung hindeutet, weist die Formulierung am Ende des Absatz 2 „Auf Erfüllung bestehen" können, wieder mehr auf den Leistungserfolg hin. Man wird also diese ungenaue Ausdrucksweise des Gesetzes nicht als Argument verwenden können.

Alle die hier angeführten Beweisgründe zeigen in ihrer Uebereinstimmung deutlich, daß das BGB. in der Lehre von der Erfüllung von einem zweiteiligen Tatbestand ausgeht[22]).

Seine Bestandteile sind Leistungshandlung und Leistungserfolg. Inhalt des Schuldverhältnisses ist das Bekommensollen des Gläubigers durch das Mittel des Leistensollens des Schuldners. Erfüllung kann daher nicht eintreten, bevor der Leistungserfolg nicht hergestellt ist.

---

19) Oertmann, S. 365.
20) dto. S. 396.
21) Oertmann, S. 397.
22) So im Ergebnis Kretschmar. Erfüllung, S. 39; Boehmer, Erfüllungswille, S. 34; Brodmann. Ehrenb. Hdb. f. H. R. IV, 2, S. 299 ff.; Oertmann, Komm. z. BGB. II Vorbem. zu § 362, Ziff. 5; Hartmann, Die Obligation, S. 180; Kreß, Allg. Schuldrecht, S. 187; Etzold, Diss. Frankfurt 1928. S. 35; Staudinger, § 433, VIII, 1 b.

γ) Zu diesem Ergebnis gelangt auch das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen, so vor allem in dem im 64. Bd. S. 204, ff. enthaltenen Urteile. Allein ist die Begründung dort eine andere als die hier gegebene. Das Reichsgericht verneint die Erfüllung dort deshalb, weil bei der Uebergabe unter Eigentumsvorbehalt der „dingliche Vertrag erst dann geschlossen wird, wenn die Bedingung eintritt. Bis zu diesem Zeitpunkte besteht auch seine — des Verkäufers — obligatorische Verpflichtung, Eigentum zu verschaffen, aus dem Kaufvertrage als eine nicht erfüllte fort“[23]).

Diese Begründung des Reichsgerichts muß sehr bedenklich erscheinen, denn sie stellt Tatbestandshandlungen wie die Leistungshandlung auf die gleiche Stufe mit Wirksamkeitsvoraussetzungen, wie der Suspensivbedingung[24]). Der dingliche Vertrag ist im Gegensatz zu dem vom Reichsgericht vertretenen Standpunkte schon geschlossen, nur ist ihm eine Bedingung hinzugefügt, die seine Wirksamkeit aufschiebt[25]).

Ein Uebertragungswille im Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung ist nicht mehr erforderlich, vielmehr geht damit das Eigentum automatisch auf den Käufer über, § 158 BGB.

Eine weitere Entscheidung im gleichen Bande, RG. 64, 334 ff., nimmt ebenfalls zu dieser Frage Stellung.

Hier sagt das Reichsgericht: „Erfüllung ist Leistung des nach Inhalt des Vertrages Geschuldeten. Wenn, wie hier, die Leistung des Verkäufers in der Uebertragung des Eigentums besteht, kann unmöglich gesagt werden, die Leistung sei erfüllt, so lange das Eigentum noch beim Verkäufer bleibt. So lange dies der Fall ist, ist das Eigentum eben nicht übertragen, der Vertrag also nicht erfüllt[26]).

Leider hat hier das Reichsgericht nicht die beiden Erfordernisse des Erfüllungstatbestandes klargestellt, so daß es unklar bleibt, ob seine Stellungnahme sich mit dem hier

---

23) RG. 64, 207. 24) Oertmann, S. 398.

25) So auch RG. 66, 334, Staub, Excurs zu § 382, Anm. 63 b. Deutlich hat das Reichsgericht seinen Standpunkt erst geändert in RG., JW. 1925, S. 353.

26) So im Ergebnis RG. 64, 207, 336; 85, 403; 90, 218. Jaeger, Anm. 11 zu § 17, Mentzel, Anm. 2, dto., von Sarvey-Bossert, Anm. 2 a dto., Wolff, Anm. 2 dto., Staub-Excurs zu § 382 Anm. 90, 96 ff. Düringer-Hachenburg, HGB. III S. 216, Jaffé, S. 86, Diss. Amon, S. 14, Oetker, ZZP. 14, S. 27. Dagegen Wilmowsky-Kurlbaum, Anm. 4, § 17, Lubowski, Zentr. freiw. Ger. 1909, S. 68 ff.

eingenommenen Standpunkt deckt. In jedem Falle hat das Reichsgericht aber deutlich gesagt, daß es den Vertrag im Falle der Uebergabe unter Eigentumsvorbehalt für nicht erfüllt und daher unter § 17 KO. fallend hält.

Das bedeutet für die Frage nach dem Wahlrecht des Konkursverwalters, daß bei der Uebergabe der Kaufsache unter Eigentumsvorbehalt eine vollständige Erfüllung nicht vorliegt. Dem Konkursverwalter steht also das Wahlrecht zu, so lange der Käufer und Gemeinschuldner den Kaufpreis noch nicht gezahlt oder sonst erfüllt und damit die Bedingung für den Eigentumsübergang verwirklicht hat.

c) Im Wirtschaftsleben hat es sich jedoch allmählich als notwendig erwiesen, daß der Verkäufer dem Käufer die Verwertung der unter Eigentumsvorbehalt übergebenen Ware schon vor vollständiger Bezahlung gestattet, um ihm damit die Möglichkeit zur Fortführung seines Geschäftes zu geben. So sind z. B. Fälle wie der folgende häufig anzutreffen:

1. V. verkauft dem K. 50 Stück einer Ware zum Preise von insgesamt 3000 Mark. Den Kaufpreis soll K. in fünf Monatsraten von je 600 Mark berichtigen. Bis zur Tilgung des Kaufpreises bleibt das Eigentum beim Verkäufer. Der Käufer soll jedoch befugt sein, jeweils so viel Stücke zu veräußern, als durch seine monatlichen Ratenzahlungen bezahlt sind.

Hier erhebt sich die Frage nach der Teilbarkeit der Leistungen.

Daß der Kaufvertrag, der hier 50 Stücke der Ware zum Gegenstand hat, eine einheitliche Obligation darstellt, kann nicht bezweifelt werden. Es fragt sich nur, ob bezüglich der Erfüllung des an sich einheitlichen Vertrages der Parteiwille dem Käufer und dem Verkäufer Teilleistungen gestattete, so daß hinsichtlich dieser einzelnen Teile der Vertrag wirksam erfüllt sein kann. § 266 BGB. besagt, daß der Schuldner im Zweifel nicht zu Teilleistungen berechtigt ist, läßt also dem Parteiwillen freie Hand, Abweichendes zu bestimmen.

Was die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises anbetrifft, so ist es unzweifelhaft, daß in der Vereinbarung der Ratenzahlungen die Gestattung der Teilleistung liegt[27]). Es bleibt nur noch die Frage nach der Teilleistungsberechtigung des Verkäufers zu beantworten.

27) Oertmann, Komm. zu § 266 BGB.

Aufschluß über den Willen der Parteien gibt die Vereinbarung: „Käufer soll befugt sein, jeweils soviel Stücke zu veräußern, als durch die monatlichen Ratenzahlungen bezahlt waren."

2. Danach soll der Käufer die Veräußerungsbefugnis für den jeweils bezahlten Teil der Ware haben. Diese Vereinbarung muß auf ihre rechtliche Bedeutung hin untersucht werden. Es wird zunächst geprüft werden müssen, ob der Käufer nicht schon jeweils entsprechend den Monatszahlungen Eigentum erwerben soll.

α) Dafür spricht vor allem, daß die Parteien jeweils in Höhe der Monatsraten den Vertrag erfüllt haben wollen. Denn sobald der Käufer an Dritte weiter veräußert, ist ja für eine Erfüllung des Verkäufers kein Raum mehr vorhanden, da er dann selbst kein Eigentum mehr hat. Durch Erfüllung kann das Schuldverhältnis aber nur dann untergegangen sein, wenn der Leistungserfolg eingetreten, d. h. der Käufer Eigentümer geworden ist. Es fragt sich also, ob er durch die Monatszahlungen jeweils an dem bezahlten Teile der Ware Eigentum erworben haben kann?

Da Einigung und Uebergabe vollzogen worden sind, fehlt es an keinem Tatbestandsstück der Erfüllungshandlung, vielmehr hängt der Eintritt des Erfolges nur von der der Einigung hinzugefügten Suspensivbedingung ab. Inhalt der Bedingung wäre dann, Zahlung des Kaufpreises aber nicht mehr des gesamten Preises, sondern nur jeweils der monatlichen Ratenzahlung in Höhe des Preises von 10 Stücken. Jeweils Zahlung der Monatsrate wäre dann also die Bedingung für den Eigentumserwerb von je 10 Stücken. Das ist aber unmöglich, denn man kann nicht sagen, daß mit der Zahlung der 600 Mark Eigentum an 10 Stücken auf den Käufer übergegangen sei, es stünde nur nicht fest, an welchen 10 Stücken. Das dingliche Geschäft kann nur für bestimmte einzelne Sachen vorgenommen werden, die bloße Bestimmbarkeit der Sachen genügt nicht[28]). Lediglich mit der Zahlung kann also kein Eigentum übergegangen sein, da nicht bestimmt ist, für welche 10 Stücke die Bedingung dann eingetreten sein soll. Weder der Käufer noch der Verkäufer haben bestimmt, für welche Stücke gezahlt sein soll, und selbst wenn man dem Käufer ein Wahlrecht zubilligt, kann dieses nur durch eine Willens-

28) RGRK. § 929, 2, RG. 113, 62, L. Z. 1917, S. 867.

erklärung ausgeübt werden[29]). An einer solchen fehlt es aber hier, denn allein der Verkauf einiger Stücke an Dritte kann keinesfalls als Erklärung des Inhalts aufgefaßt werden, daß die verkauften diejenigen sein sollen, für die gezahlt worden ist. Aber abgesehen von der Unmöglichkeit der Konstruktion eines Eigentumsüberganges entsprechend den monatlichen Ratenzahlungen spricht auch die Formulierung der üblichen Vereinbarung, „der Käufer solle befugt sein, zu veräußern", dagegen. Dagegen spricht weiter der Parteiwille; denn durch die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts soll das Eigentum des Verkäufers an der gesamten Ware so lange wie möglich aufrecht erhalten bleiben, um ihn vertragsgemäß zu sichern. Hier würde das Eigentum aber jeweils mit der Ratenzahlung untergehen, ohne daß die Notwendigkeit vorliegt, obgleich die Ware noch im Besitze des Käufers ist. Das würde dann dem Parteiwillen widersprechen. Die Nebenabrede über die Veräußerungsbefugnis kann daher nicht Eigentumsübergang entsprechend den Monatsraten bewirken[30]).

Eine andere Auslegung, die diese Schwierigkeiten vermeidet und dem Willen der Parteien entspricht, ist die, in der Gestattung, jeweils die bezahlten Stücke veräußern zu dürfen, die Einwilligung des Verkäufers und Eigentümers in die Verfügung des Käufers und Nichteigentümers zu erblicken, §§ 182, 183, 185 Abs. 1 BGB. Eine solche Gestattung der Veräußerung scheint dem Wesen des Eigentumsvorbehaltes zwar zu widersprechen, da doch die Veräußerung gerade das vorbehaltene, sichernde Eigentum zerstört. Sie kann jedoch damit in Einklang gebracht werden, wenn man sich darüber klar ist, daß der Eigentumsvorbehalt an den nicht veräußerten Sachen fortbesteht, und daß es eine wirtschaftlich ebenso verständliche wie gebräuchliche Maßnahme ist, dem Käufer schon vor vollständiger Zahlung die Veräußerung eines Teiles der Ware zu gestatten, damit er sie zu Geld machen und so den Verkäufer befriedigen kann[31]).

Es steht auch einer durch Zahlung der Monatsraten suspensiv bedingten Erteilung einer solchen Einwilligung nichts im Wege. Zu bedenken gibt nur folgende Ueberlegung: Erfüllung des Vertrages bedeutet erst der Eintritt

29) Bayr. Z. f. R. 1905, I, 178.
30) So im Ergebnis: OLG. Dresden, Seuff. Arch. 70, 9, S. 16.
31) OLG. 33, 271, Recht 1909. 651, Bayr. Z. f. R. 1905, S. 178.

des Leistungserfolges, also des Eigentumsüberganges auf den Käufer. Hier wird er aber nur befugt. als berechtigter Nichteigentümer zu veräußern, hat also selbst nie Eigentum gehabt. Ist aber wirklich noch nicht erfüllt worden, dann kann das Schuldverhältnis noch nicht untergegangen sein, und es müßte nun Unmöglichkeit der Leistung vorliegen, da der Verkäufer kein Eigentum mehr hat, um es auf den Käufer zu übertragen. Das wäre jedoch widersinnig.

In der Abmachung der Parteien muß vielmehr auch gleichzeitig mit der bedingten Gestattung der Veräußerung eine Nebenabrede des Inhalts enthalten sein, daß der Käufer für den Fall der Veräußerung der bezahlten Stücke die Veräußerungsbefugnis, d. h. die Einwilligung des Eigentümers in die Verfügung eines Nichtberechtigten über die noch in seinem Eigentum befindliche Ware als Leistung an Erfüllungsstatt annehme, § 364 BGB. Dieser Nebenvertrag, der die Annahme an Erfüllungsstatt enthält, ist ein zweiseitiger entgeltlicher Vertrag[32]). Der Käufer verzichtet darin auf seine Forderung auf Eigentumsübertragung aus dem Kaufvertrage und und nimmt gleichzeitig die Leistung des Verkäufers, die Erteilung der Einwilligung in die Veräußerung, als die geschuldete Leistung an. Diese Auslegung, der Umweg über das Erfüllungssurrogat der Annahme an Erfüllungsstatt, ist der einzige Weg, um zu dem Ergebnis zu kommen, daß, wenn auch nicht erfüllt, § 362 BGB., so doch durch die datio in solutum, § 364 BGB., die Verbindlichkeit in Höhe der Teilleistungen erloschen ist, soweit der Käufer die Ware bereits weiter verkauft hat.

Bevor weiter veräußert wurde, besteht aber keine Notwendigkeit, die bloße Erteilung der Veräußerungsbefugnis schon als Leistung an Erfüllungsstatt anzunehmen, und schon mit ihrer Erteilung, d. h. bei Eintritt der Bedingung durch Zahlung der Monatsrate die Verbindlichkeit des Verkäufers als erfüllt anzusehen.

Die Annahme an Erfüllungsstatt ist vielmehr aufschiebend bedingt durch die tatsächlich erfolgte Veräußerung an Dritte. Erst mit dieser tritt die Bedingung ein, so daß erst im Augenblick der Veräußerung die vorher aufschiebend bedingte Annahme an Erfüllungsstatt wirksam wird und die Verpflichtung des Verkäufers nach § 364 BGB. zum Erlöschen bringt. Bis zur Veräußerung an die Dritten bleibt

---

32) Enneccerus I, 2, § 228 1. Berndorf, Annahme an Erfüllung Statt, Berlin, 1904.

der Verkäufer Eigentümer und wenn der Käufer die Ware vereinbarungsgemäß durch die Monatsraten vollständig bezahlt, ohne sie inzwischen zu veräußern, dann wäre die Verbindlichkeit nicht schon durch Annahme an Erfüllungsstatt erloschen, da ja dann die Bedingung der Veräußerung an Dritte nicht eingetreten wäre, sondern erst mit Zahlung der letzten Monatsrate. Denn damit wäre dann die Bedingung für den Eigentumsübergang erfüllt, der Leistungserfolg wäre eingetreten und die Verbindlichkeit durch Erfüllung nach § 362 BGB. zum Erlöschen gebracht worden. Der Verkäufer ist daher ebenfalls zu Teilleistungen berechtigt, denn die Erteilung der Veräußerungsbefugnis sollte im Falle der Veräußerung als Leistung an Erfüllungsstatt angenommen werden und so die Verbindlichkeit des Verkäufers zu diesem Teile zum Erlöschen bringen.

Beide Parteien sind daher zu Teilleistungen berechtigt, und zwar so, daß die Teile der Leistungen sich pro ratra entsprechen . Dadurch wird nicht wie bei nur einseitiger oder nicht entsprechend gegenseitiger Teilleistung der ganze Vertrag „teilerfüllt", sondern es soll ein Teil des Vertrages durch die Erfüllung beider Seiten selbständig gemacht und vollständig erfüllt werden, so daß die Verbindlichkeiten der Parteien zu diesen Teilen vollständig erlöschen.

β) Es erhebt sich nun die Frage, ob die Parteien durch die Vereinbarung der sich pro ratra entsprechenden Teilleistungen den Kaufvertrag in entsprechende Teile aufgelöst haben. Dies hätte dann zur Folge, daß die einzelnen Teile der Leistungen, also z. B. je 10 Stücke und die entsprechende Monatszahlung Gegenstand eines selbständigen Vertrages geworden sein müßten. Die Anwendbarkeit des § 17 KO. auf diese Teilverträge wäre dann wegen ihrer Selbständigkeit für jeden gesondert zu prüfen. Dann ergäbe sich, daß der Konkursverwalter für jeden einzelnen Vertragsteil das Wahlrecht ausüben könnte, soweit dafür der Tatbestand des § 17 vorliegt. Er könnte also für den einen Teil Erfüllung verlangen, für den anderen Teil Erfüllung ablehnen, unabhängig von dem ursprünglich einheitlichen Vertrage, je nach dem es ihm im Interesse der Konkursmasse zu liegen scheint. Das würde aber eine Zerreißung des einheitlichen Kaufvertrages bedeuten, die keinesfalls dem Willen der Parteien und dem Wesen des gegenseitigen Vertrages entsprechen kann. Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Kaufvertrag als einheitliches Ganzes erhalten bleiben soll.

Sogar beim Sukzessivlieferungsvertrage, wo die Selbständigkeit der einzelnen Lieferung eine viel weitgehendere ist als die der hier verabredeten Teilleistung, kommt man im Falle des Konkurses bei der Frage des § 17 KO. zu dem Ergebnis, daß Erfüllung oder Nichterfüllung nur bezüglich des ganzen, einheitlichen Vertrages gewählt werden kann[33]). Es ist also nicht möglich, für die einzelnen Raten, z. B. die gerade fälligen, Erfüllung, und für die restlichen Nichterfüllung zu wählen, wenn dies nicht ausnahmsweise vertraglich zwischen den Parteien bestimmt war. Es besteht nur ein einheitliches Wahlrecht entsprechend dem einheitlichen obligatorischen Geschäfte. Ebenso muß der Kaufvertrag, der hier vorliegt, bei der Frage des § 17 KO. als einheitliches Ganzes behandelt werden. Es ist zwar kein Sukzessivlieferungsvertrag, denn obgleich beide Parteien zu Teilleistungen berechtigt sind, wird nicht in einzelnen, unabhängigen, in sich selbständigen Teilen erfüllt, sondern es liegt hier eine einzige Lieferung der gesamten verkauften Ware vor. Alle Leistungshandlungen werden vom Verkäufer nur einmal vollständig vorgenommen, lediglich infolge der sichernden Suspensivbedingung tritt der Erfolg sukzessive ein. Gleichwohl ergibt sich aus der einheitlichen Behandlung des Sukzessivlieferungsvertrages bei der Frage der Erfüllung in § 17 KO. als argumentum a maiori ad minus für den hier vorliegenden Kaufvertrag die Notwendigkeit einheitlicher Behandlung.

Der Vertrag ist, wie oben gezeigt, noch von keiner Seite vollständig erfüllt. Der Verwalter würde hier also das Wahlrecht über Erfüllung und Nichterfüllung für den ganzen Vertrag ausüben können. Das würde bedeuten, daß er mit der Wahl der Nichterfüllung auch für die vom Käufer schon bezahlten und an die Drittkäufer übereigneten Stücke Nichterfüllung gewählt hätte. Das wäre eine Konsequenz, die nicht nur in höchstem Maße unbillig und praktisch unmöglich wäre, sondern auch dem Wesen des gegenseitigen Vertrages geradezu widerspräche[34]). Wenn wir von den Fällen des Verkaufes unter Eigentumsvorbehalt absehen, wo sich der Verkäufer durch das vorbehaltene Eigentum die Aussonderungsrechte gewahrt und sich so

33) RG. 39, 57; 51, 281; 62, 201, 85, 222; Müller Anm. 16 zu § 17, Wolff Anm. 8 dto. Jaeger Anm. 16 dto., Müller in Gruchot 50, 536.

34) Oetker, ZZP., 14, S. 27, 28.

gesichert hat, und den einfacheren Fall des vorbehaltslosen Verkaufes von Gattungssachen zu einheitlichen Preisen betrachten, so ergibt sich für die sich entsprechenden Teilleistungen folgendes: Der Verwalter hätte die Möglichkeit, eine der beiden schon vor Konkurseröffnung pro ratra bewirkten Teilleistungen, die sich als Aequivalente gegenüberstanden und nach dem Parteiwillen wegen ihrer Aequivalenz zu diesem Teile schon Untergang der Verbindlichkeit herbeigeführt haben, aus der engen Bindung zu reißen, in der sich beim gegenseitigen Vertrage Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen. Er könnte einen schon erfüllten Vertragsteil rückwirkend zu einem nicht erfüllbaren machen, und dies, um dem Gegenkontrahenten die ihm schon gemachte, seiner Gegenleistung äquivalente Leistung wieder zu nehmen, und ihn nach § 26 KO. auf eine Konkursforderung wegen des Schadensersatzes zu verweisen.

Abgesehen davon, daß der Rechtsgedanke des § 17 KO. gerade den erfüllten Vertrag nicht ergreift, widerspricht es der Lehre vom gegenseitigen Vertrage, zwei schon vollständig bewirkte Leistungen, die nach Parteiwillen schon Erfüllung zu diesem Teile herbeigeführt haben, einfach zu ignorieren.

Vielmehr muß die Auslegung des Parteiwillens, der durch die Vereinbarung der sich entsprechenden Teilleistungen die Teilerfüllung herbeiführen wollte, und die Erkenntnis des festen Bandes, daß beim gegenseitigen Vertrage Leistung und Gegenleistung aneinander bindet, dazu führen, daß in Ansehung der pro ratra bewirkten Teilleistungen kein unerfüllter Vertrag mehr vorliegt, sondern dieser Teil des Vertrages im Augenblick, wo sich bewirkte Teilleistung und bewirkte Teilgegenleistung gegenüberstanden, durch Teilerfüllung selbständig geworden und als solcher nun selbständig gewordener Teil aus dem Bereich des § 17 ausgeschieden ist. Nicht der Parteiwille[35]) vollzieht die Trennung der Vertragsteile, sondern die durch Parteiwillen herbeigeführte Teilerfüllung ist es, die den erfüllten Teil des Vertrages von dem noch nicht erfüllten Teil abgespalten hat.

Die Teile des Vertrages sind also nicht die den einzelnen Leistungsabschnitten entsprechenden, wie das der Fall gewesen wäre, wenn lediglich der Parteiwille die Trennung in selbständige Teile vollzogen hätte. Vielmehr

35) Bestimmungen solcher Art läßt RG. in JW. 1904, S. 559, zu.

sind die Vertragsteile durch die Teilerfüllung gekennzeichnet. Soweit diese vorliegt, ist für die Frage des § 17 KO. kein unerfüllter Vertrag mehr vorhanden, das Wahlrecht kann sich nur noch auf den restlichen Teil des Vertrages erstrecken.

Zu diesem Ergebnis kommt auch die überwiegende Zahl der Schriftsteller[36]). Nur geht aus den da gegebenen Begründungen keineswegs der Unterschied zwischen den Folgen der Parteivereinbarung und den Folgen eines nach Parteiwillen herbeigeführten Erfüllungstatbestandes hervor. Es findet sich lediglich die Behauptung vor, daß bei pro rata bewirkten Teilleistungen dieser Teil des Vertrages nicht mehr res integra im Sinne des § 17 KO. sei[37]). Diejenigen, die zu einem anderen Ergebnis kommen, setzen zum Teil die Teilbarkeit des Vertrages gleich, zum Teil nehmen sie das als unbillig erkannte Ergebnis einer konsequenten Konstruktion zuliebe in Kauf[38]).

d) Zweifel über die Anwendbarkeit des § 17 KO. können noch in den Fällen bestehen, wo der Käufer und Gemeinschuldner die ihm unter Eigentumsvorbehalt übergebenen Gegenstände ohne Genehmigung des Käufers weiter veräußert hat.

Hat er sämtliche Stücke veräußert, so wird für den § 17 kein Raum mehr sein. Denn dann ist eine Erfüllung ja nicht mehr möglich. Hier hat der Käufer sich selbst die Erfüllung verschafft. Der Zweck der Obligation ist erreicht, sie ist daher erloschen. Die Zweckerreichung steht den anderen Erfüllungssurrogaten wie zum Beispiel der Annahme an Erfüllungsstatt gleich[39]). Zweck der Obligation ist Bedürfnisstillung des Gläubigers. Ist dieser Zweck erreicht, so erlischt sie, weil sie ihre Aufgabe erfüllt hat, im weitesten Sinne durch Zweckerreichung. Zweckerreichung liegt überall dort vor, wo die Bedürfnisstillung des Gläubigers erreicht ist[40]).

---

36) So Jaeger Anm. 16 zu § 17, Wolff Anm. 8 dto., Amon, Diss. S. 16, Düringer-Hachenburg, II, S. 172, Kohler, Lehrb., S. S. 137, Oetker a. a. O. S. 27.

37) Jaeger Anm. 16, § 17, Oetker a. a. O., S. 27, Kohler, Lehrb. S. 137.

38) Sarvey-Bossert, S. 100. Wilmowski-Kurlbaum, Anm. 8 zu § 17.

39) RG. 115, 262, 63, 307. RG., JW. 1904, 139, Staub, Exkurs zu § 382, Anm. 90, Mentzel Anm. 2 zu § 17.

40) Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung, Berlin, 1905, S. 64.

Dieser Standpunkt würde der Stellungnahme der Rechtsprechung entsprechen, die beim Verkauf von Maschinen unter Eigentumsvorbehalt den Vertrag als erfüllt im Sinne § 17 KO. ansieht, wenn der Käufer an den Maschinen Eigentum durch Verbindung, z. B. durch Einbau, §§ 947, 93 BGB. erlangt hat, obgleich der Zweck des Vertrages auf einem anderen Wege erreicht worden ist, als auf dem vom Gläubiger gewollten, ja sogar mitunter gegen den Willen des Gläubigers[41]).

Hat dagegen der Käufer vor Konkurseröffnung nur einen Teil der Ware ohne Genehmigung veräußert, so hat er nur hinsichtlich dieses Teiles ein Erfüllungssurrogat herbeigeführt. In bezug auf die ganze Leistung liegt dann nur Teilerfüllung vor, und diese schließt das Wahlrecht nach § 17 nicht aus. Eine Teilerfüllung mit der Folge, daß der erfüllte Teil der Leistung selbständig wird, kann nicht vorliegen, denn es fehlt an der pro rata entsprechenden Gegenleistung.

III. Die Wahlbetätigung des Konkursverwalters und ihre Folgen für den Kaufvertrag.

In den Fällen, in denen der Konkursverwalter nach § 17 KO. das Wahlrecht darüber hat, ob er den Vertrag erfüllen will oder nicht, kommt es nun auf die Wahlbetätigung des Konkursverwalters an. Dieser hat drei Möglichkeiten:

a) Die Wahl der Erfüllung,

b) Die Wahl der Nichterfüllung.

c) Der Verwalter gibt keine Erklärung ab, er wird auch dazu nicht aufgefordert.

a) Wählt der Verwalter Erfüllung, so tritt er damit, wie § 17 KO. sagt, an Stelle des Gemeinschuldners in den Vertrag ein. Er zieht das Forderungsrecht des Käufers gegen den Verkäufer zur Masse, und, dem Wesen des gegen-

41) Staub a. a. O., Anm. 72; RG. 74, 203; 73, 335, 63, 461; 63, 171; 62, 406; 59, 10.

seitigen Vertrages entsprechend, richtet sich nun auch das Forderungsrecht des Verkäufers gegen die Masse, obgleich es ursprünglich gegen den Käufer gerichtet war[1]). So wird der Kaufpreisanspruch ein gegen die Masse gerichteter Anspruch, den die Masse als Masseschuld bezahlen muß. Diese Konsequenz zieht das Gesetz im § 59 Abs. 2 KO.: „Masseschulden sind die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Masse verlangt wird." Da nach § 58 KO. neben den Massekosten auch die Masseschulden vorweg aus der Konkursmasse zu berichtigen sind, würde der Verkäufer für den Fall der Erfüllung des Vertrages durch den Konkursverwalter volle Befriedigung seiner Kaufpreisforderung zu erwarten haben. Er würde also ebenso gestellt sein, als ob kein Konkurs über das Vermögen seines Schuldners eröffnet worden sei, denn der Verwalter übernimmt wie ein gesetzlicher Vertreter die Erfüllung der Verbindlichkeit des Gemeinschuldners, d. h. so, wie sie diesem oblag[2]). Die Nebenabrede über die Annahme an Erfüllungsstatt und die Vereinbarung der Monatszahlungen bleiben erhalten. Die Tatsache, daß die Ware, für die der Verwalter Erfüllung wählt, zum Teil schon weiter veräußert sind, hindert diese Wahl nicht[3]).

b) Anders ist das Schicksal des Kaufpreisanspruches, wenn der Verwalter Nichterfüllung wählt. Diese Wahl bedeutet die an Stelle des Gemeinschuldners kraft der besonderen Befugnis des § 17 KO. abgegebene Erklärung, daß die Erfüllung des Vertrages unterbleibe[4]). Das Schuldverhältnis selbst, den Kaufvertrag, hebt der Verwalter mit seiner Erklärung nicht auf, weder rückwirkend noch vom Augenblick der Erklärung an, lediglich den Inhalt der Verbindlichkeit ändert er ab[5]). Die Obligation hatte ursprünglich Erfüllung der beiderseitigen, auf äquivalente Leistungen gerichteten Ansprüchen zum Inhalt. Sie sollte eine bestimmte Vermögenslage der Parteien herstellen, indem sie bestimmte Bedürfnisse durch Bewirkung der Leistungen befriedigte. Dieses Ziel ist nach der Erklärung des Verwalters, er wähle Nichterfüllung, unerreichbar geworden, weil dadurch die Erfüllung des Vertrages ausgeschlossen ist.

1) Oetker, ZZP., 14, 17.
2) Amon, Diss. S. 18; Jaeger Anm., 34 zu § 17.
3) Staub a. a. O., Anm. 65; RG. 67, 21.
4) Jaeger, Anm. 43 zu § 17.
5) Mot. S. 86, 87, 93; RG. 22, 111; 64, 297; Jaffe, S. 90; Fitting, S. 46; Amon, Diss. S. 20.

Diesen Inhalt kann die Verbindlichkeit also nicht mehr haben. Vielmehr kann sie jetzt nur noch dazu dienen, die Vermögenslage der Parteien wieder so auszugleichen, daß der durch die Nichterfüllung geschädigte Vertragsteil nachdem sich sein Anspruch auf Leistung des Gegners mit dem Anspruch des Gegenkontrahenten auf seine Gegenleistung gewissermaßen aufgerechnet hat, den durch die Wahl der Nichterfüllung erlittenen Schaden ersetzt erhält[6]).

Aus dem unerfüllbar gewordenen Vertrage ist ein einseitiger Schadensersatzanspruch geworden. „Dieser Anspruch bildet das Surrogat der kontraktlichen Rechte, wie sie zur Zeit der Konkurseröffnung bestanden"[7]).

Das Gesetz regelt diesen Anspruch im § 26 KO.: „Wenn infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, so ist der andere Teil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen. Er kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht."

§ 26 KO. setzt also voraus, daß die Nichterfüllung infolge der Konkurseröffnung eingetreten ist. Dies ist jedenfalls so aufzufassen, daß die Regelung des § 26 auch die Fälle der Nichterfüllung nach § 17 KO. infolge der Wahl des Konkursverwalters erfaßt, obgleich diese keine unmittelbare, sondern nur eine mittelbare Folge der Konkurseröffnung ist[8]). Zu der Frage, ob diese Forderung durch den § 26 KO. begründet wird, oder ob sie eine den Vorschriften des BGB. entstammende Forderung ist, für die § 26 lediglich die Regelung der Geltendmachung bedeutet, wird man nach dem vorher über die Schadensersatzforderung Gesagten der Ansicht den Vorzug geben müssen, die den § 26 KO. für die Quelle der Forderung hält. Denn die unmittelbar durch die Konkurseröffnung eingetretene Nichterfüllung, auf die sich § 26 KO. bezieht, stellt eine spe-

6) Jaffe, S. 91.
7) Mot. S. 93; ebenso RG. 50, 266.
8) RG. 67, 375, Mot. S. 193, Mentzel, § 17, Anm. 1, Jaeger Anm. 9, § 17, L. Z., 1910, 473.

zieil konkursrechtliche Tatsache dar und beruht auf der „eigenartigen, besonders für das Konkursrecht geschaffenen Ablehnungsbefugnis des Verwalters und stellt darum eine dem Konkursrecht eigentümliche Erscheinung dar“[9] [10]).

Die Schadensersatzforderung aus § 26 kann keine Masseschuld sein, sie ist vielmehr als bloße Konkursforderung anzumelden. Hier zwang eine praktische Erwägung den Gesetzgeber, diese Lösung zu wählen. Denn da § 17 neben anderem auch deutlich den Zweck verfolgt, die Masse nicht durch den Zwang, alle vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Verträge zu erfüllen, zu belasten, wäre es widersinnig gewesen, ihr eine Schadensersatzverpflichtung aufzubürden und sie damit genau so zu stellen, als ob der Verwalter zur Erfüllung gezwungen wäre. Damit wäre der Zweck des § 17 illusorisch gemacht worden. Das Gesetz konnte also diese Forderung nur Konkursforderung werden lassen, § 26 Abs. 2. Der Umfang des erlittenen Schadens richtet sich nach den Vorschriften des BGB.[11]).

c) Außer den beiden hier oben untersuchten Möglichkeiten, der Wahl der Erfüllung und der Wahl der Nichterfüllung, gibt es noch eine dritte Möglichkeit. Es ist dies der Fall, daß der Konkursverwalter gar keine Erklärung abgibt, weder ausdrücklich, noch durch schlüssige Handlung, und daß der Verkäufer ihn dazu auch nicht auffordert, so daß das Schweigen keine Entscheidung über das Schicksal des Kaufpreisanspruches herbeiführen kann, § 17 Abs. 2, Satz II.

Dies könnte die Folge haben, daß der Vertrag dann als nicht erfüllbar gilt, wenn man die Nichterfüllung als Folge der Konkurseröffnung auffaßt[12]). Man könnte aber auch zu der Ansicht gelangen, daß mangels einer Erklärung des Verwalters der Vertrag vom Konkursverfahren unberührt bleibt und nach Beendigung des Verfahrens von beiden Seiten erfüllt werden kann und muß[13]). Zu der zuerst geäußerten Stellungnahme kommt man, wenn man die Nichterfüllung der zweiseitigen Verträge als unmittelbare Folge der Konkurseröffnung betrachtet. Diesen Standpunkt scheinen die

---

9) Jaeger, § 26, Anm. 21.

10) Mentzel, § 26, Anm. 1; Jaeger, § 17, Anm. 43, § 6, Anm. 20-21.

11) Jaeger, § 17, Anm. 45; § 26, Anm. 21.

12) Fitting, 3. Aufl., S. 54.

13) Petersen-Kleinfeller. § 17, Anm. 12; Sarvey-Bossert, § 17, Anm. 7; Wilmowski-Kurlbaum. Anm. 10; Jaeger, Anm. 54.

Motive einzunehmen. Sie besagen, das Wahlrecht des Verwalters bestehe darin, „die Erfüllung des Vertrages zu verlangen oder es bei Nichterfüllung zu belassen“[14]). Hierin liegt die Ansicht, die Nichterfüllung sei schon unmittelbare Folge der Konkurseröffnung, sie bilde die Regel, der Verwalter könne nur ausnahmsweise auch auf Erfüllung bestehen. Dem ist aber nicht so.

Vielmehr entsteht, wie oben schon ausgeführt, mit der Konkurseröffnung unmittelbar nur das Wahlrecht des Verwalters, und erst die Ausübung der Wahl hat die Nichterfüllung zur Folge. Darin liegt der Unterschied in der Behandlung der Rechtsgeschäfte, die nur einseitig Ansprüche erzeugen, und der Verträge. Während für diese schon mit der Konkurseröffnung die Nichterfüllung feststeht, ist sie bei den zweiseitigen Verträgen erst eine Folge der Wahl des Verwalters. Die Konkurseröffnung als solche läßt den Vertrag unberührt[15]). Daher besteht der Vertrag für den Fall, daß der Verwalter weder vom Gegenkontrahenten zur Ausübung des Wahlrechts aufgefordert worden ist, noch von selbst es ausgeübt hat, unberührt vom Konkursverfahren in seinem ursprünglichen Bestande fort. Die aus dem Vertrage abgeleiteten Ansprüche können während der Zeit des Konkursverfahrens nur nicht geltend gemacht werden, wenn anders der Vertragsgegner es nicht vorzieht, den Verwalter zur Abgabe der Erklärung aufzufordern oder die Forderung sogleich als Konkursforderung anzumelden. Nach Beendigung des Verfahrens kann dann der Gegenkontrahent des Gemeinschuldners von diesem Erfüllung fordern und muß selbst erfüllen, das Schuldverhältnis ist „im Takt geblieben“, wie Jaeger sagt[16]).

IV. Die Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt.

Nachdem die Möglichkeiten der Wahlbetätigung des Konkursverwalters und der sich daraus ergebenden Ansprüche aus dem Kaufvertrage dargestellt worden sind, blei-

14) Motive, S. 91.

15) So RG. 56, 240; 17, 80; Jaeger, § 17, Anm. 54; Mentzel, § 17, Anm. 6; Wilmowski-Kurlbaum, § 17, Anm. 10; Wolff, § 17, Anm. 2.

16) Jaeger, § 17, Anm. 54.

ben als Gegenstand der Betrachtung noch die Rechte des Verkäufers aus dem Eigentumsvorbehalt.

a) Die Rechtsstellung von Käufer und Verkäufer beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt regelt § 455 BGB. Diese Vorschrift gliedert sich deutlich in zwei Teile, dementsprechend unterscheiden sich auch die Wirkungen des Eigentumvorbehaltes auf der dinglichen und auf der obligatorischen Seite. Auf der dinglichen Seite ergeben sich die Fragen nach dem Eigentum und nach dem Besitz.

1. α) § 455 spricht von einem aufschiebend bedingten Eigentumsübergang. Nach § 929 BGB. setzt sich der Eigentumsübergang an beweglichen Sachen aus zwei Elementen zusammen, der Uebergabe, d. h. der Verschaffung der tatsächlichen Gewalt und der Einigung, dem dinglichen Vertrage. Die Uebergabe als Realhandlung kann nicht bedingt sein. Aber der Einigung wird die Suspensivbedingung hinzugefügt[1]). Nach § 158 BGB. soll die Einigung erst wirksam werden mit dem Eintritt der Bedingung, d. h. mit der Zahlung des Kaufpreises. Bis dahin behält der Verkäufer sein Eigentum als volles Recht, wenn es auch durch den Erwerb des Käufers resolutiv bedingt ist. Sein Eigentum ist außer dieser zeitlichen Begrenzung in keiner Weise beschränkt. Die Ansichten, die dem Verkäufer an einer Sache unter Eigentumsvorbehalt nur ein noch beschränktes, fiduziarisches Eigentum zubilligen wollen, sind abwegig. Denn nicht dinglicher Natur sind die Beschränkungen, denen der Eigentümer nach der bedingten Veräußerung unterworfen ist, sondern sie stammen aus dem obligatorischen Geschäfte. So die Einrede des § 986 BGB. gegen die Vindikation des Verkäufers, oder seine Verpflichtung, alle Einwirkungen auf die Sache zu unterlassen, durch die das von der Bedingung abhängige Recht des Käufers beeinträchtigt werden könnte. Ebensowenig ist der Schutz, den § 166 BGB. dem Erwerber unter einer Bedingung zuteil werden läßt, ein Zeichen für beschränktes Eigentum. Der Verkäufers behält sich vielmehr das volle Eigentumsrecht an der übergebenen Sache vor[2]).

β) Die tatsächliche Gewalt hat er jedoch durch den Uebergabeakt an den Käufer übertragen. Dieser ist Besitzer der Sache geworden. Sein Besitzrecht hat einen zweifachen Ursprung; es läßt sich sowohl aus dem Kauf-

1) Jaffe, S. 11; Guyet, Diss., S. 22.
2) Jaffe, S. 50-51, Anm. 2.

vertrage wie aus der Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes herleiten[3]).

In dem Augenblick, in dem der Verkäufer die Sache unter Eigentumsvorbehalt übergibt, erklärt er stillschweigend, daß er von seinem Eigentumsrechte nur bei Ausfall der der Einigung hinzugefügten Bedingung Gebrauch machen werde. Er räumt also durch diesen Verzicht dem Käufer ein Besitzrecht ein, daß durch Eintritt bzw. Ausfall der Bedingungen auflösend bedingt ist[4]).

Von diesem Recht auf Besitz ist begrifflich das Recht zu scheiden, welches dem Käufer auf Grund des Kaufvertrages zusteht. Nach § 433 BGB. ist nach einem Kauf unter Eigentumsvorbehalt der Verkäufer zur bedingten Eigentumsverschaffung und zur Besitzübertragung verpflichtet. An sich braucht der Verkäufer nur dann zu übertragen, wenn sein Gegenkontrahent auch den Kaufpreis zahlt. Wenn der Verkäufer ihm dafür aber Stundung gewährt, so verpflichtet er sich damit gleichzeitig, die Besitzübertragung vorzuleisten. Solange der Verkäufer also den Kaufpreis gestundet hat, ist der Käufer zum Besitze berechtigt, so daß er nach § 986 BGB. einer Vindikation des Verkäufers mit der Einrede der Besitzberechtigung begegnen könnte[5]).

Es bleibt nun noch zu prüfen, ob der Verkäufer mit der Uebergabe der Sache mittelbarer Besitzer bleibt, oder ob sein Besitz völlig untergeht. § 868 BGB. schafft die Grundlage für den mittelbaren Besitz. Diese Vorschrift lautet: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitzer)".

Ein mittelbarer Besitzer muß einem anderen gegenüber zum Besitze berechtigt oder verpflichtet sein und das gegenseitige Verhältnis muß ein solches sein, das den dort besonders erwähnten Verhältnissen ähnlich ist. Die erste Voraussetzung liegt vor, da der Käufer unter Eigentumsvorbehalt dem Verkäufer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Das weitere Erfordernis ist ebenfalls erfüllt, denn das Besitzrecht dauert nur während der Schwebezeit,

3) Jaffe, S. 16; Staub, a. a. O., Anm. 64.
4) Jaffe, S. 16; Planck, § 160. Erl. 4; Kuntze, Diss., S. 29.
5) Jaffe, S. 15; Staub, a. a. O., Anm. 63-64; Wolff, Sachenrecht, S. 9 ff; Lilienthal, S. 60; Planck, § 986, Anm. 1.

d. h. der Zeit, nach der Uebergabe bis zum Eintritt bzw. Ausfall der Bedingung an, es ist also zeitlich begrenzt. Wenn dagegen angeführt wird, der Käufer sei dem Verkäufer gegenüber nicht nur auf Zeit, sondern bei den als Normalfall voraussetzenden Eintritt der Bedingung bei pünktlicher Zahlung dauernd zum Besitze berechtigt[6]), oder der Besitz des Käufers sei kein bloß vermittelnder, sondern selbständiger Besitz, und der Veräußerer hätte damit den Besitz vollständig verloren[7]), so sind diese Ansichten nicht zu teilen.

Zahlung des Kaufpreises macht zwar den Käufer zum Eigentümer und gibt ihm als solchen zwar ein dauerndes Recht zum Besitze, aber sein Besitzrecht beruht nach Eintritt der Bedingung auf einer anderen Grundlage als vorher, nämlich auf dem Eigentum, und nicht mehr auf einer bloßen Besitzberechtigung einem anderen gegenüber.

Als drittes Erfordernis muß noch ein den im § 868 BGB. angeführten Rechtsverhältnissen ähnliches Verhältnis vorliegen.

Da „die in § 868 angeführten Vertragsformen nur als vorbildliche Beispiele dienen sollen, bei denen allen zutrifft, daß der mittelbare Besitzer von einem bestimmten Zeitpunkte ab die Herausgabe der Sache für sich zu fordern berechtigt ist, und daß dieser Anspruch auf einem bestimmten Rechtsgrunde fußt“[8]), kann auch hier der Kauf unter Eigentumsvorbehalt als ähnliches Verhältnis im Sinne von § 868 angesehen werden. Der Verkäufer ist also mittelbarer Besitzer der übergebenen Sache geblieben[9]). Es wird nun noch zu prüfen sein, wie lange das Besitzrecht des Verkäufers andauert, und unter welchen Umständen der Verkäufer die verkaufte Sache zurückfordern kann. Das Besitzrecht ist, wie oben gezeigt, auflösend bedingt. Nach Eintritt der Bedingung endigt die Schwebezeit. Der Käufer wird Eigentümer und das abgeleitete Besitzrecht macht einem anderen, aus dem Eigentum stammenden Besitzrecht Platz.

---

6) Planck, § 868, 2 b.
7) Biermann, § 868, 2 b.
8) RGRK., § 868, 3.
9) RG. 59, 298, 69, 197, 105 20; L. Z. 1913, 68; Warn. Rspr. 09, 454; Staudinger, § 868, III. 2 h; Staub, a. a. O., Anm. 63; Dernburg, I, § 109, von Thur, Allg. T., II, S. 297; Rosenberg, S. 130; Wolff, Sachenrecht, § 8 c; Pudor Jur. W. 1905, S. 314.

Anders ist die Rechtslage beim Ausfall der Bedingung. Das aus der bedingten Uebereignung hergeleitete Besitzrecht ist dann mit dem Ende der Schwebezeit erlöschen. Das aus dem Kaufvertrage abgeleitete Besitzrecht ist ebenfalls untergegangen, denn wenn der Käufer es als Einrede des § 986 BGB. gegen die Vindikation des Verkäufers, § 985, geltend machen wollte, würde ihm mit Recht die Replik des nicht erfüllten Vertrages entgegengehalten werden. Das Besitzrecht des Käufers endigt also bei Eintritt und Ausfall der Bedingung[10]).

Wann die Bedingung eingetreten ist, wird hier leicht festzustellen sein, dann nämlich, wenn der Käufer den Kaufpreis gezahlt hat. Wann die Bedingung jedoch als ausgefallen zu gelten hat, muß genau geprüft werden. Sicher ist, „daß dann die Bedingung ausgefallen ist, wenn feststeht, daß der Tatbestand, an den sich die Rechtswirkung knüpft, sich nicht verwirklicht hat und auch nicht mehr verwirklichen kann“[11]).

Es bleibt nun noch die Frage zu klären, wann es sich beim Eigentumsvorbehalt entscheidet, ob die Zahlung nicht mehr erfolgen kann. „Dann jedenfalls fällt stets die Bedingung aus, wenn die Zahlungen nicht zur rechten Zeit bewirkt wird.“[12]) [13]).

Es kommt also hierbei auf die objektive Nichterfüllung an. Diese kann sich prinzipiell erst bei Fälligkeit des Kaufpreises zeigen. Selbst die hohe Wahrscheinlichkeit, daß nicht bezahlt werden wird, bedeutet keinen Ausfall der Bedingung. Konkurseröffnung also stellt noch keinen Ausfall der Bedingung dar, denn es ist objektiv durchaus möglich, daß der Verwalter Erfüllung des Vertrages wählt, und so die Forderung als Masseschuld vorweg zu bezahlen ist. § 59 Abs. 2, § 58 KO. Ebenso ist es möglich, daß ein Dritter nach § 267 BGB. mit befreiender Wirkung für den Schuldner leistet. Die Eröffnung des Konkurses allein kann also noch nicht als Ausfall der Bedingung und damit als Ende des Besitzrechtes des Käufers angesehen werden[14]). Anders liegt der Fall, wenn nach der Konkurseröffnung der

---

10) Jaffe, S. 25-26.
11) Staudinger I, Anm. 4 zu § 158. So auch Jaffe, S. 26.
12) Jaffe, S. 27.
13) So auch Staub, a. a. O., Anm. 63; Crome II, § 112; Dernburg BGB., II, 2, § 171, 3; Oertmann, § 455, Erläuterungen 1 und 4; Pudor, Diss., S. 30; Stern, Diss., S. 25.
14) Jaffe, S. 30; Staub, a. a. O., Anm. 64; Guyet bis S. 42.

Verwalter nach § 17 KO. Nichterfüllung wählt. Dann braucht zwar die Fälligkeit noch nicht eingetreten zu sein, trotzdem liegt darin unzweideutig die Erklärung, daß auf Grund dieser bedingten Eigentumsübertragung bestimmt kein Eigentum erworben werden wird. Damit muß die Schwebezeit ihr Ende finden, denn es steht nun fest, daß, ebenso wie beim Ausfall der Bedingung, kein Eigentum übergehen wird.

Das bedeutet das Ende des Besitzrechtes. Soweit es aus dem Eigentumsvorbehalt abgeleitet wird, deshalb, weil die Schwebezeit zu Ende ist; soweit es aus dem Kaufvertrage abgeleitet wird, deshalb, weil nun der Einrede des § 986 die Replik des nicht erfüllten Vertrages entgegenstehen würde[15]). Mit der Wahl der Nichterfüllung endet also das Besitzrecht des Käufers.

2. Außer den dinglichen Wirkungen äußert der Eigentumsvorbehalt aber auch Wirkungen auf der schuldrechtlichen Seite. § 455 BGB. gibt dem Verkäufer kraft des Eigentumsvorbehaltes die Berechtigung, vom Vertrage zurückzutreten, falls der Käufer mit der Zahlung in Verzug gerät[16]). Außer der Möglichkeit, die Sache zurückzufordern, ist ihm noch dieses Rücktrittsrecht gegeben, denn es kann ihm nicht zugemutet werden, einen Vertrag aufrecht zu erhalten, der wahrscheinlich nie erfüllt wird. Er kann dieses Rücktritttsrecht aber nicht sofort bei Ausfall der Bedingung geltend machen, d. h. bei objektiver Nichtzahlung, sondern erst, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug gerät. Bei dem bloßen Ausfall der Bedingung ist der Verkäufer durch die Möglichkeit der Rückforderung der Sache genügend gesichert, das Rücktrittsrecht steht ihm erst dann zu, wenn den Käufer ein Verschulden trifft § 285 BGB.

b) 1. Wenn nun über das Vermögen des Käufers der Konkurs eröffnet wird, so ergeben sich aus dem Eigentumsvorbehalt je nach der Wahlbetätigung des Konkursverwalters verschiedene Rechtsfolgen. Nach den Darlegungen im ersten Teil der Arbeit fällt ein solcher Kaufvertrag unter § 17 KO. Wählt der Konkursverwalter Erfüllung, so bleibt das Besitzrecht der Konkursmasse an den Kaufgegenständen erhalten. Der Verkäufer kann sie nicht aussondern, er könnte höchstens mit der Klage aus § 256 ZPO. feststellen lassen,

---

15) Jaffe, S. 31.
16) Staub, a. a. O., Anm. 65; Jaffe, S. 37-38.

daß sie nicht zur Masse gehören, sondern noch sein Eigentum sind.

2. Anders ist die Rechtslage, wenn der Verwalter Nichterfüllung wählt. Die Ware ist Eigentum des Verkäufers. Sie gehört also nach § 1 KO. nicht zur Konkursmasse, da diese nur das Vermögen des Gemeinschuldners umfaßt. Der Verkäufer kann sie also aus der Konkursmasse aussondern, und zwar auf Grund des § 43 KO; Dieser lautet: „Die Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörenden Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechtes bestimmen sich nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen."

α) Durch den Aussonderungsanspruch macht ein Dritter geltend, daß ein von dem Konkursverwalter zur Masse gezogener oder für die Masse begehrter Gegenstand ihm gehöre, nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners und deshalb auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechtes für ihn aus der Masse auszuscheiden sei. Die Bedeutung des Aussonderungsrechtes liegt darin, daß, ähnlich wie durch die Exekutionsintervention des § 771 ZPO. eine dem Gemeinschuldner nicht gehörige Sache der Beschlagnahme für die Gläubiger des Gemeinschuldners entzogen werden kann.

αα) Voraussetzung des Aussonderungsrechtes ist neben der Tatsache, daß die auszusondernde Sache nicht dem Gemeinschuldner gehört, ein dingliches oder persönliches Recht, auf Grund dessen die Herausgabe der Sache verlangt werden kann. Da der Verkäufer Eigentümer der Gegenstände ist, steht ihm der Herausgabeanspruch des Eigentümers, die rei vindicatio des § 985 BGB. zu. Nun ist aber der Käufer und mithin die Konkursmasse zum Besitze berechtigt gewesen, hatte also eine Einrede gegen die Vindikationsklage nach § 986 BGB. Dieses Besitzrecht steht ihr aber nur für den Fall zu, daß der Konkursverwalter Erfüllung des Kaufvertrages wählt, denn, wie oben gezeigt, erlischt bei der Wahl der Nichterfüllung das Besitzrecht, da die beiden Gründe, aus denen es hergeleitet war, dann fortfallen.

ββ) Der Verkäufer hat nicht nur ein dingliches Recht, auf das er seinen Herausgabeanspruch stützen kann, sondern auch ein Rückforderungsrecht aus dem obligatorischen Verhältnis, aus dem sich das mittelbare Besitzrecht des Käu-

fers ergab, nämlich aus dem „ähnlichen Verhältnis“ im Sinne des § 868 BGB. Dieses Verhältnis ist kein Miets- oder Leihverhältnis, es läßt sich auch nicht einfach als Nebenwirkung des Kaufvertrages definieren; man wird aber, wie Jaffe sagt[17]), „auf Grund der bona fides des ganzen Vertragsverhältnisses nach § 157 BGB. dem Verkäufer eine persönliche Klage zugestehen müssen, eine Klage, die auch dann gegeben ist, wenn er von Anfang an überhaupt nicht Eigentümer gewesen sein sollte“. Auch auf diesen persönlichen Herausgabeanspruch könnte der Verkäufer sein Aussonderungsbegehren stützen, denn auch damit ist der Tatbestand des §. 43 KO. erfüllt[18]). Die auszusondernde Sache gehört nicht dem Gemeinschuldner und es besteht ein persönliches Recht des Verkäufers auf Herausgabe der Sache. Dieser Rückforderungsanspruch aus dem Gebrauchsüberlassungsverhältnis entspricht völlig dem dinglichen, er nimmt unter den Parteien die Stelle der rei vindicatio ein, ebenso wie die Herausgabepflicht des Käufers der Herausgabepflicht auf Grund der Vindikation entspricht.

Daß der Vindikation aus dem Besitzverhältnis keine Einrede mehr entgegenstehen kann, ist oben schon gesagt worden, denn das Besitzrecht ist mit Ablauf der Schwebezeit erlöschen. Das aus dem Kaufvertrag abgeleitete Besitzrecht war ebenfalls mit der Forderung der Herausgabe erloschen, denn damit machte der die Herausgabe fordernde Verkäufer die Replik des nicht erfüllten Vertrages geltend. Die Rückforderung der Sache bedeutet Kündigung des Gebrauchsüberlassungsverhältnisses[19]). Wählt der Verwalter also Nichterfüllung, so kann der Verkäufer auf Grund des § 43 KO. aussondern, sowohl durch die rei vindicatio, als auch durch die Rückforderungsklage aus dem Gebrauchsüberlassungsverhältnis (§ 985 BGB. in Verbindung mit § 43 KO. bzw. § 868 BGB. in Verbindung § 43 KO.).

β) Es erhebt sich nun die Frage, ob § 26 KO. dem entgegensteht, wenn er sagt, daß der andere Teil nicht berechtigt ist, „die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen“, § 26, I KO. Hier zeigt sich gerade die sichernde Kraft des Eigentumsvorbehaltes. Denn wäre bei

17) Jaffe, S. 60.
18) J. W. 1894, S. 181, 11; OLG. 13, 78; 19, 240.
19) Jaffe, S. 62.

der Uebergabe das Eigentum nicht vorbehalten worden, dann wäre allerdings die Leistung in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen, so aber hat die der Einigung hinzugefügte Suspensivbedingung die Folge, daß vor ihrem Eintritt Eigentum auf den Käufer noch nicht übergeht. Die Leistung ist also noch nicht in das Eigentum des Schuldners übergegangen. Daher steht § 26 KO. einer Aussonderung nach § 43 KO. nicht im Wege[20]).

c) 1. Nun ist noch zu prüfen, welche Bedeutung bei diesen Verträgen der Abrede „der Käufer solle jedoch befugt sein, jeweils so viel Stücke zu veräußern, wie durch Monatszahlungen bezahlt war", zukommt. Wie schon oben gezeigt, muß darin die durch die Leistung der Monatszahlungen suspensiv bedingte Erteilung der Einwilligung des Eigentümers in die Veräußerung der Ware durch den Käufer, der nicht Eigentümer ist, erblickt werden[21]). Die bedingte Annahme an Erfüllungsstatt, die Vereinbarung, daß die Erteilung der Einwilligung im Falle der Veräußerung als Leistung an Erfüllungsstatt angenommen werden solle, ist für das dingliche Geschäft belanglos. Wichtig ist hier nur die Tatsache, daß nach § 185 BGB. Abs. 1 in Verbindung mit § 929 BGB. der Verkäufer sein Eigentum an den mit seiner Einwilligung veräußerten Pflügen dadurch verloren hat[22]), und daß insoweit die Einwilligung Einfluß auf den Eigentumsvorbehalt hat, als dadurch der Käufer berechtigt das Eigentum und damit den Eigentumsvorbehalt des Verkäufers an den bezahlten Stücken zum Erlöschen bringen kann, § 185, 1 in Verbindung mit § 929 BGB.

Soweit also der Verkäufer berechtigtermaßen vor Konkurseröffnung und der Konkursverwalter berechtigtermaßen nach Konkurseröffnung die Ware veräußert haben, kann der Verkäufer Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt nicht mehr herleiten, gleichgültig ob der Verwalter nach § 17 KO. Erfüllung oder Nichterfüllung wählt oder überhaupt keine Erklärung dafür abgibt.

---

20) Jaeger, § 26, Anm. 15; Jaffe, S. 93; Mot., S. 91; Jaeger, § 43, Anm. 17.

21) RG. Recht 1910, 4066; RG. Warn. Rspr. 1928 zu § 455; OLG. 33, 271; 2, 343, 15, 236; Staub, a. a. O., Anm. 72; Jaffe, S. 5; Staudinger zu § 455, II, 5; Oertmann zu § 455, Erl. 2; Dernburg BGB., II, 2, § 171, III, Anm. 11, 18; Guyet, Diss., S. 18.

22) Staub am angeführten Orte, Anm. 72; Staudinger zu § 455, II, 5; RG. Recht 1910, 40, 66.

Verlangt der Verwalter Erfüllung, so könnte der Verkäufer jedenfalls kein Aussonderungsrecht nach § 43 KO. geltend machen. Denn seinem Herausgabeanspruch aus § 985 steht die Einrede der Besitzberechtigung entgegen, und das Besitzrecht aus der Gebrauchsüberlassung ist ebenfalls noch nicht erloschen. Es fehlt aber dann die Voraussetzung der §§ 43 und 46, daß nämlich zur Zeit der Veräußerung hätte ausgesondert werden können; es entfallen daher auch die Ersatzaussonderungsrechte. Nur für den Fall, daß der Verwalter die Schuld aus dem Kaufvertrage, die nach § 59 Abs .II eine Masseschuld geworden ist, nicht bezahlt, also die Bedingung für das Besitzrecht bei Fälligkeit der nächsten Monatszahlung ausfällt, kommen Aussonderungsrechte des Verkäufers in Frage. Vorher könnte höchstens eine Klage auf Feststellung des Ersatzsonderungsrechtes nach § 256 PZO. gedacht werden.

2. Die Rechtslage ist jedoch grundlegend anders, wenn der Käufer oder nach Konkurseröffnung der Verwalter Ware veräußert, ohne durch entsprechende Ratenzahlung die Veräußerungsbefugnis erworben zu haben. Das Eigentum daran verliert dann der Verkäufer regelmäßig mit der Weiterveräußerung. Denn diese stellt eine Verfügung des an sich nicht berechtigten Käufers dar, die dem Eigentümer gegenüber nach § 932 BGB. wirksam wird, wenn man den guten Glauben der Drittkäufer unterstellt.

Entscheidet sich der Verwalter für Nichterfüllung, so hat der Käufer zwar Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 816, 1 BGB. auf Herausgabe des durch die Veräußerung Erlangten, und wegen positiver Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung eine Forderung auf Schadensersatz; diese Forderungen sind jedoch alle nur Konkursforderungen nach § 3 KO., ebenso wie die Schadensersatzforderung aus § 26 Abs. 2 KO. Da er aber hätte aussondern können, wenn der Käufer oder der Verwalter die Ware nicht veräußert hätten, ist das Gesetz bestrebt, ihm einen Ausgleich zu gewähren[23]). § 46 KO. verstärkt seine Forderung auf Herausgabe des Erlangten, die § 816, 1 BGB. nur als Konkursforderung geben konnte, zu einer Ersatzaussonderungsforderung[24]).

§ 46 KO. lautet: „Sind Gegenstände, deren Aussonderung aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden

23) Jaeger, § 46, Anm. 1.
24) Jaeger, § 46, Anm. 4.

können, vor Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner oder nach Eröffnung des Verfahrens vom Konkursverwalter veräußert worden, so ist der Aussonderungsberechtigte befugt, die Abtretung der Rechte auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht, zu verlangen. Er kann die Gegenleistung aus der Masse beanspruchen, soweit sie nach Eröffnung des Verfahrens zu dieser eingezogen ist."

§ 46 stellt keine dingliche Surrogation dar, wie z. B. § 2019 BGB. Diese geht unmittelbar vor sich, ein Gegenstand, den der Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, wird dadurch unmittelbar Bestandteil der Erbschaft. § 46 dagegen enthält nur das persönliche Recht, einen Gegenstand ungeachtet der Beschlagnahme für die Gläubiger des Gemeinschuldners auszusondern, und an Stelle der Aussonderung, die unmöglich gemacht worden ist, die Herausgabe der Gegenleistung oder die Abtretung der Forderung auf diese zu verlangen. Daß dieser Anspruch ein persönlicher ist, zeigt sich deutlich darin, daß erst die Abtretung der Forderung verlangt werden muß, und diese nicht schon mit der Verfügung des Gemeinschuldners oder des Verwalters auf den Aussonderungsberechtigten übergeht[25]).

§ 46 KO. knüpft das Aussonderungsrecht an verschiedene Voraussetzungen; es werden Gegenstände vorausgesetzt, deren Aussonderung aus der Masse hätte beansprucht werden können. Aus den Worten selbst und aus dem ganzen Zusammenhange ergibt sich mit Notwendigkeit, daß nur ein Aussonderungsrecht zur Zeit der Veräußerung, die es zerstörte, gemeint sein kann[26]). Dieses Recht kann sich nach § 43 KO. auf dingliche wie auf persönliche Herausgabeansprüche stützen, wenn die Sache nicht dem Gemeinschuldner gehört. Da § 46 im gleichen Titel ohne jede Einschränkung den Begriff der Aussonderung offensichtlich unverändert aus § 43 KO. übernimmt, so kann zweifellos auch ein obligatorisches Recht auf Herausgabe die Ersatzaussonderung des § 46 KO. begründen[27]). Es er-

25) Hellwig, Arch. f. ziv. Pr. 68, 242, 247; Jaeger, § 46, Anm. 4; Wolff, § 46, Anm. 2. 5; Kohler, Lehrb., S. 180; Petersen-Kleinfeller, § 46, Anm. 4; von Wilmowski-Kurlbaum, § 46, Abs. 3.

26) Jaeger, § 46, Anm. 6.

27) Jaeger, § 46, Anm. 7; Stieglitz, S. 244; Petersen-Kleinfeller, § 46, Anm. 8; Oetker, ZZP. 25. 76. Dagegen: Hellwig, a. a. O., S. 237; Kohler, Leitfaden, S. 116.

geben sich daher für den Verkäufer verschiedene Ansprüche, je nachdem, wie es um die Gegenleistung der Drittkäufer steht. Soweit diese noch aussteht, hat er den Anspruch auf Abtretung der Forderung gegen die Drittkäufer.

Stand dagegen die Gegenleistung nicht mehr aus, sondern war sie nach Konkurseröffnung zur Masse gezogen, so kann ihre Herausgabe von der Masse gefordert werden, § 46 Abs. II KO.

Ist sie in der Masse nicht mehr unterscheidbar vorhanden, und also eine Herausgabe nicht mehr möglich, so z. B., wenn das von den Drittkäufern gezahlte Geld mit anderem in der Masse vorhandenem Gelde vermengt worden ist, so bleibt für den Verkäufer immer noch ein Anspruch gegen die Masse auf Herausgabe der Bereicherung nach § 59 Abs. 3 KO.

Ist jedoch die Gegenleistung schon vor Konkurseröffnung zur Masse gekommen, wenn z. B. der Käufer Zug um Zug Zahlung von den Drittkäufern erhalten hat, so versagen die Rechte auf Ersatzaussonderung. Dann hat der Verkäufer nicht einmal einen Bereicherungsanspruch gegen die Konkursmasse, denn dieser ist vor Konkurseröffnung entstanden und muß nach § 3 KO. als Konkursforderung geltend gemacht werden.

Lebenslauf.

Ich bin am 11. Mai 1908 zu Breslau als Sohn des Kaufmanns Josef Reiter und seiner Ehefrau Käthe, geb. Lewy geboren. Seit Ostern 1914 besuchte ich das Johannes-Gymnasium zu Breslau, wo ich Ostern 1926 die Reifeprüfung ablegte. Ich wandte mich dem Studium der Rechtswissenschaft zu. Vier Semester studierte ich in Breslau, je ein Semester in Freiburg i. Br. und in Genf. Am 18. Dezember 1929 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung, am 17. Januar die mündliche Doktorprüfung. Am 6. Februar 1930 erhielt ich meine Ernennung zum Referendar.